COLLECTION

DROIT CIVIL

Philippe MALAURIE
Laurent AYNÈS

INTRODUCTION AU DROIT

Philippe MALAURIE
Patrick MORVAN

8e édition

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

DROIT CIVIL

INTRODUCTION AU DROIT

Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques
Prix Dupin aîné

Philippe Malaurie †
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Patrick Morvan
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) – Membre de l'IODE (UMR CNRS 6262) http://patrickmorvan.over-blog.com

8e édition

À jour au 18 juin 2020

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

DROIT CIVIL

Philippe MALAURIE • Laurent AYNÈS

Présentation de la collection

La collection de Droit civil réunit, outre Philippe Malaurie et Laurent Aynès, des auteurs qui ont le souci de renouveler l'exposé du droit positif et des questions qu'il suscite.
Les ouvrages s'adressent à ceux qui – étudiants, universitaires, professionnels – ont le désir de comprendre, en suivant une méthode vivante et rigoureuse, ce qui demeure l'armature du corps social.

Ouvrages parus

Introduction au droit
Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs
Droit des biens
Droit des obligations
Droit des contrats spéciaux
Droit des sûretés
Droit de la famille
Droit des successions et des libéralités
Droit des régimes matrimoniaux

Autres ouvrages de Philippe Malaurie :
Dictionnaire d'un droit humaniste, Université Panthéon-Assas, Paris II, LGDJ, 2015
Anthologie de la pensée juridique, Cujas, 2e éd., 1996
Droit et littérature, Une anthologie, Cujas, 1997

Avec la collaboration de Philippe Delestre, Droit civil illustré, Defrénois, 2011
De Philippe Malaurie et Jean Rogues, Le vent souffle où il veut, Parole et silence, 2016
Autres ouvrages de Patrick Morvan :
Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, 1999
Droit de la protection sociale, LexisNexis, 9e éd., 2019
Restructurations en droit social, LexisNexis, 5e éd., 2020
Criminologie, LexisNexis, 3e éd., 2019

© 2020, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
ISBN : 978-2-275-07409-2
ISSN : 1958-9905

Quelques jours avant sa mort, survenue le 1er avril 2020, M. Philippe Malaurie travaillait encore aux nouvelles éditions de la collection de Droit civil, pourchassant inlassablement les lourdeurs, les complications, les artifices. Il était convaincu, nous étions convaincus, que la vérité se trouve dans la simplicité. La simplicité est exigeante. Elle réclame une intelligence de la réalité – inter legere *: trier, discerner, démêler – et une humilité dans l'expression ; une ascèse, en somme.*

Depuis Les obligations, premier livre que nous avons publié en 1986, le droit a connu des bouleversements souvent imperceptibles à l'origine, qui paraissent l'avoir privé de sens : avènement des sources supralégales et dégradation corrélative de la loi, devenue prétentieuse ou réglementaire, bavarde, obsolète ; promotion du rôle du juge, ou plutôt des juges, libérés du service de la loi par l'exaltation des « principes », et dont les décisions, grandes et petites, sont également accessibles en un clic ; foisonnement des publications juridiques disponibles sur tablettes individuelles, qui s'attachent souvent à l'instantané qu'on appelle l'actualité ; communication numérique qui s'impose dans toutes les relations et bouscule le rapport au texte... Avec un optimisme fondé sur sa foi en l'homme, les yeux grand ouverts sur le monde changeant qui aiguisait son insatiable curiosité, M. Malaurie s'employait à comprendre pour faire comprendre, sa véritable passion. Toujours agere contra*, suivant le conseil ignatien : opposer au piège de la technique le jugement de valeur ; au culte du dernier arrêt la perspective historique ; à la tentation du « tout dire », à la facilité du quantitatif et de l'encyclopédisme, une fine sélection de ce qui est vraiment significatif et peut nourrir un jugement libre ; au commentaire de deuxième ou troisième main, le retour à l'aridité du texte premier et de ses mots. Nous croyions que le droit n'a pas en lui-même sa propre fin, il est un langage particulier dans une culture – la sienne était immense – qui l'éclaire et le maintient à sa place.*

Nous partageons ces convictions avec les auteurs qui ont enrichi au fil du temps la collection de Droit civil. Ainsi vivra-t-elle, comme le désirait ardemment M. Philippe Malaurie.

Laurent Aynès
10 juin 2020

SOMMAIRE

Premières vues Qu'est-ce que le droit ? 17
Chapitre I. – LE DROIT EST UN PHÉNOMÈNE SOCIAL ET NORMATIF 37
Chapitre II. – LES DIVERSES BRANCHES DU DROIT 89

LIVRE I
ÉVOLUTION DU DROIT CIVIL

Chapitre I. – LE DROIT CIVIL AVANT LE CODE CIVIL 99
Chapitre II. – LE CODE CIVIL 117
Chapitre III. – APRÈS LE CODE CIVIL 123

LIVRE II
RÉALISATION DU DROIT

TITRE I. – **ORGANISATION DE LA JUSTICE** 147
Chapitre I. – JURIDICTIONS 149
Chapitre II. – JUGEMENTS 165
Chapitre III. – GENS DE JUSTICE 177

TITRE II. – **LA PREUVE** 181
PREMIÈRES VUES SUR LA PREUVE 183
Chapitre I. – CHARGE DE LA PREUVE 191
Chapitre II. – OBJET DE LA PREUVE 203
Chapitre III. – RECEVABILITÉ DES MOYENS DE PREUVE 213
Chapitre IV. – FORCE PROBANTE 243

LIVRE III
SOURCES DU DROIT

TITRE I. – **SOURCES ÉCRITES** 255
Chapitre I. – LA LOI 259
Chapitre II. – AU-DESSUS ET AU-DESSOUS DE LA LOI 307

TITRE II. – **SOURCES NON ÉCRITES** 359
Chapitre I. – LA COUTUME 361
Chapitre II. – LA JURISPRUDENCE 379
Chapitre III. – LA DOCTRINE 421

INDEX DES ADAGES 469

INDEX DES ARTICLES DU CODE CIVIL 471

INDEX DES PRINCIPALES DÉCISIONS JUDICIAIRES 473

INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES 477

TABLE DES MATIÈRES 485

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Sources du droit (Codes, Constitutions...)

ACP = Ancien Code pénal
ACPC = Ancien Code de procédure civile
BGB = *Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil allemand)
CASF = Code de l'action sociale et des familles
C. assur. = Code des assurances
C. aviation = Code de l'aviation civile et commerciale
CCH = Code de la construction et de l'habitation
C. civ. = Code civil
C. com. = Code de commerce
C. communes = Code des communes
C. consom. = Code de la consommation
Ccs = Code civil suisse
C. déb. boiss. = Code des débits de boissons
C. dom. Ét. = Code du domaine de l'État
C. dr. can. = Code de droit canonique
C. env. = Code de l'environnement
C. fam. = ancien Code de la famille et de l'aide sociale
C. for. = Code forestier
C. just. adm. = Code de justice administrative
CGCT = Code général des collectivités territoriales
CGI = Code général des impôts
Circ. = circulaire
C. minier = Code minier
C. mon. fin. = Code monétaire et financier
C. Nap. = Code Napoléon (édition de 1804)
C. nat. = Code de la nationalité
C.O. = Code suisse des obligations
Const. = Constitution
COJ = Code de l'organisation judiciaire
Conv. EDH = Convention européenne des droits de l'homme
C. pén. = Code pénal
CPC = Code de procédure civile
CPC exéc. = Code des procédures civiles d'exécution
CPP = Code de procédure pénale
C. propr. intell. = Code de la propriété intellectuelle
C. relations pub. adm. = Code des relations entre le public et l'administration
C. rur. = Code rural
CSP = Code de la santé publique
CSS = Code de la sécurité sociale
C. trav. = Code du travail
C. trib. adm. = Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (ancien)
C. urb. = Code de l'urbanisme
D. = décret
D.-L. = décret-loi
DDH = Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)
DUDH = Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
L. = loi
LPF = Livre des procédures fiscales
NCPC = Nouveau Code de procédure civile
NC pén. = Nouveau Code pénal
Ord. = ordonnance
réd. L. 9 avr. 1898 = rédaction de la loi du 9 avril 1898
Rép. min. = réponse ministérielle écrite

Publications (Annales, Recueils, Répertoires, Revues, Grands arrêts...)

Administrer = Revue Administrer
AIJC = Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA = Actualité juridique de droit administratif
AJPI = Actualité juridique de la propriété immobilière
ALD = Actualité législative Dalloz
Ann. dr. com. = Annales du droit commercial
Annuaire fr. dr. int. = Annuaire français de droit international
Ann. propr. ind. = Annales de la propriété industrielle
Arch. phil. dr. = Archives de philosophie du droit
Arch. pol. crim. = Archives de police criminelle
ATF = Annales du Tribunal fédéral (Suisse)
BICC = Bulletin d'information de la Cour de cassation

BOCC = Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation
BOSP = Bulletin officiel du service des prix
Bull. cass. ass. plén. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)
Bull. civ. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. Joly Sociétés = Bulletin mensuel Joly Sociétés
Cah. dr. auteur = Cahiers du droit d'auteur
Cah. dr. entr. = Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. dr. eur. = Cahiers de droit européen
CJEG = Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
Comm. com. électr. = Communication – Commerce électronique
Contrats, conc. consom. = Contrats, concurrence, consommation
D. = Recueil Dalloz
DA = Recueil Dalloz analytique
D. Aff. = Dalloz Affaires
Dalloz Jur. gén. = Dalloz Jurisprudence générale
DC = Recueil Dalloz critique
Defrénois = Répertoire général du notariat Defrénois
DH = Recueil Dalloz hebdomadaire
Dig. = Digeste
DMF = Droit maritime français
Doc. fr. = La documentation française
DP = Recueil Dalloz périodique
Dr. adm. = Droit administratif
Dr. et patr. = Droit et patrimoine
Dr. Famille = Droit de la famille
Droits = Revue Droits
Dr. ouvrier = Droit ouvrier
Dr. pén. = Droit pénal
Dr. prat. com. int. = Droit et pratique du commerce international
Dr. soc. = Droit social
Dr. sociétés = Droit des sociétés
EDCE = Études et documents du Conseil d'État
GAJA = Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
GAJ civ. = Les grands arrêts de la jurisprudence civile
GAJCJUE = Les grands arrêts de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne
GAJDIP = Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
Gaz. Pal. = Gazette du Palais
GDCC = Les grandes décisions du Conseil constitutionnel
J.-Cl. civil = Jurisclasseur civil
J.-Cl. com. = Jurisclasseur commercial
JCP E = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition entreprises
JCP G = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale
JCP N = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition notariale
JCP S = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition sociale
JDI = Journal de droit international (Clunet)
JO = Journal officiel de la République française (lois et règlements)
JOAN Q/JO Sénat Q = Journal officiel de la République française (questions écrites au ministre, Assemblée nationale, Sénat)
JO déb. = Journal officiel de la République française (débats parlementaires)
JOUE = Journal officiel de l'Union européenne
Journ. not. = Journal des notaires et des avocats
LPA = *Les LPA*
Lebon = Recueil des décisions du Conseil d'État
Quot. jur. = Quotidien juridique
RJDA = Revue de jurisprudence de Droit des Affaires (Francis Lefebvre)
RFD aérien = Revue française de droit aérien
RD bancaire et bourse = Revue de droit bancaire et de la bourse
RDC = Revue des contrats
RDI = Revue de droit immobilier
RDP = Revue du droit public
R. dr. can. = Revue de droit canonique
RD rur. = Revue de droit rural
RDSS = Revue de droit sanitaire et social
RD uniforme = Revue du droit uniforme
Rec. CJUE = Recueil des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne
Rec. Cons. const. = Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. cours La Haye = Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
Rép. civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. com. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit commercial
Rép. pén. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit pénal
Rép. pr. civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de procédure civile
Rép. sociétés Dalloz = Répertoire Dalloz du droit des sociétés
Rép. trav. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit du travail
Rev. arb. = Revue de l'arbitrage
Rev. crit. = Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. crit. DIP = Revue critique de droit international privé
Rev. dr. fam. = Revue du droit de la famille
Rev. hist. fac. droit = Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique
Rev. loyers = Revue des loyers

Rev. proc. coll. = Revue des procédures collectives
Rev. sc. mor. et polit. = Revue des sciences morales et politiques
Rev. sociétés = Revue des sociétés
RFDA = Revue française de droit administratif
RFD const. = Revue française de droit constitutionnel
RGAT = Revue générale des assurances terrestres
RGD int. publ. = Revue générale de droit international public
RGDP = Revue générale des procédures
RHD = Revue historique du droit
RIDA = Revue internationale du droit d'auteur
RID comp. = Revue internationale de droit comparé
RID éco. = Revue internationale de droit économique
RID pén. = Revue internationale de droit pénal
RJ com. = Revue de jurisprudence commerciale
RJF = Revue de jurisprudence fiscale
RJPF = Revue juridique Personnes et Famille
RJS = Revue de jurisprudence sociale
RRJ = Revue de recherche juridique (Aix-en-Provence)
RSC = Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R. sociologie = Revue française de sociologie
RTD civ. = Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. = Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD eur. = Revue trimestrielle de droit européen
RTDH = Revue trimestrielle des droits de l'homme
S. = Recueil Sirey

Juridictions

CA = arrêt de la *Court of Appeal* (Grande-Bretagne)
CA = arrêt d'une cour d'appel
CAA = arrêt d'une cour administrative d'appel
Cass. ass. plén. = arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte = arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. ch. réunies = arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Cass. civ. = arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com. = arrêt de la chambre commerciale et financière de la Cour de cassation
Cass. crim. = arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc. = arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CE = arrêt du Conseil d'État
CEDH = arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CJCE = arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
CJUE = arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
Cons. const. = décision du Conseil constitutionnel
Cons. prud'h. = Conseil des prud'hommes
JAF = décision d'un juge aux affaires familiales
J.d.t. = décision d'un juge des tutelles
KB = arrêt du *King's bench* (Banc du roi) (Grande-Bretagne)
QB = arrêt du *Queen's Bench* (Banc de la reine) (Grande-Bretagne)
Réf. = ordonnance d'un juge des référés
Req. = arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Sent. arb. = sentence arbitrale
Sol. impl. = solution implicite
TA = jugement d'un tribunal administratif
T. civ. = jugement d'un tribunal civil
T. com. = jugement d'un tribunal de commerce
T. confl. = décision du Tribunal des conflits
T. corr. = jugement d'un tribunal judiciaire, chambre correctionnelle
T.f. = arrêt du Tribunal fédéral (Suisse)
TGI = jugement d'un tribunal de grande instance
TI = jugement d'un tribunal d'instance
TPICE = Tribunal de première instance des communautés européennes

Acronymes

AFNOR = Association française de normalisation
CCI = Chambre de commerce internationale
Ccne = Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
CEE = Communauté économique européenne
DASS = Direction de l'action sanitaire et sociale
DPU = Droit de préemption urbain
IRPI = Institut de recherche en propriété intellectuelle

OPE = offre publique d'échange de valeurs mobilières
PIDCP = Pacte international sur les droits civils et politiques
POS = plan d'occupation des sols
PUAM = Presses universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
PUF = Presses universitaires de France
SA = société anonyme
SARL = société à responsabilité limitée
SAS = société anonyme simplifiée
SCI = société civile immobilière
SNC = société en nom collectif
TUE = Traité sur l'Union européenne
TFUE = Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Abréviations usuelles

A. = arrêté
Adde = ajouter
Aff. = affaire
al. = alinéa
Ann. = annales
Appr. = approbative (note)
Arg. = argument
Art. = article
Art. cit. = article cité
Av. gal. = avocat général
cbné = combiné
cf. = se reporter à
chron. = chronique
col. = colonne
comp. = comparer
concl. = conclusions
cons. = consorts
Contra = solution contraire
crit. = critique (note)
DIP = Droit international public/Droit international privé
doctr. = doctrine
éd. = édition
eod. vo = *eodem verbo* = au même mot
Et. = Mélanges
ib. = *ibid.* = *ibidem* = au même endroit
infra = ci-dessous
IR = informations rapides
loc. cit. = *loco citato* = à l'endroit cité
m. n./ déc./ concl. = même note/ décision/ conclusion
n. = note
n.p.B. = non publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (inédit)
op. cit. = *opere citato* = dans l'ouvrage cité
passim = çà et là
préc. = précité
pub. = publié
rapp. = rapport
Sect. = section
sté = société
somm. = sommaires
supra = ci-dessus
TCF DIP = Travaux du Comité français de DIP
th. = thèse
V. = voyez
v = *versus* = contre
V° = *verbo* = mot (*V^is* = *verbis* = mots)
* et ** = décisions particulièrement importantes
Sauf indication contraire, les articles cités se réfèrent au Code civil.

AVANT-PROPOS DE LA 8e ÉDITION

D'année en année, le temps s'écoule, les mœurs et les mentalités changent, le droit et la pensée évoluent et notre *Introduction au droit* essaie d'en rendre compte d'une édition à l'autre. Voici les points principaux qui ont retenu notre attention : la rigidité ou la flexibilité du droit, ses sources (multiples et tortueuses), sa langue (qui se veut de plus en plus accessible) ; l'Islam et les religions, le développement de l'incroyance et des pensées extrêmes (paranoïaques et complotistes) ; la pédagogie, la culture, les techniques de l'information, les univers numériques, les algorithmes et le *Legal design* ; la famille, la personne humaine et ses avatars, la femme, l'enfant ; les pauvres, les migrants ; le droit du travail, le libéralisme, l'Europe et les Nations ; la conception singulière que l'on se fait de l'égalité, des libertés, de la sécurité, de la justice et la manière de la rendre ; l'écologie et la prédation mondiale des ressources naturelles, la vengeance de la Nature (dont a été relâchée la force destructrice du Covid-19) ; le pouvoir, l'État de droit, les états d'urgence et les droits d'exception qui se multiplient (contre le terrorisme, contre les pandémies).

Serait-ce donc un énorme changement de société, une transformation totale des structures sociales ou, pour employer le langage emphatique d'aujourd'hui, un « changement de civilisation » ? Ce que Giuseppe Tomasi di Lampedusa (*Le guépard*, 1958, adapté au cinéma en 1963 par Visconti) avait relativisé en une phrase célèbre, admirable de profondeur : « Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi » (traduit et résumé par : il faut que tout change pour que rien ne change). Ce mot cruel a longtemps caractérisé le verbalisme de nombreuses réformes. En sera-t-il autrement dans le « monde d'après », censé naître après la déflagration planétaire due à la pandémie de 2020 ? On peut en douter. Le « monde d'après » risque fort de ressembler au « monde d'avant », en pire : une croissance économique débridée, des régimes autoritaires renforcés (Chine, Russie), une pauvreté criante, des ravages environnementaux incessants. Oui : il aura fallu que tout change pour que rien ne change.

Philippe Malaurie et Patrick Morvan

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 17e éd., 2018.

J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, PUF, coll. Thémis droit, 3e éd., 2018.

J. Carbonnier, *Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27e éd., 2002.

P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 5e éd., 2019.

M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit*, PUF, coll. Thémis, 2017.

J. Ghestin, H. Barbier et J.-S. Bergé, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 5e éd., 2018.

Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 19e éd., 2019.

Fr. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 11e éd., 2019.

PREMIÈRES VUES
QU'EST-CE QUE LE DROIT ?[1]

« L'humilité est la voie qui conduit à la vérité »
Saint Bernard de Clairvaux, *Traité sur les degrés d'humilité et d'orgueil* (1124)

« Elle me dit son nom, celui qu'elle s'est choisi : "Nadja, parce qu'en russe c'est le commencement du mot espérance,
et parce que ce n'en est que le commencement" ».
André Breton, *Nadja* (1928)

Bien qu'il ait été l'objet de nombreuses et incessantes analyses sur sa définition, sa nature et ses fonctions, le droit conserve une grande part de mystère.

Au-delà de ses multiples définitions, le droit est l'institution, l'instrument et l'expression de la civilisation ; le pouvoir qu'il traduit demande beaucoup d'humilité ; il est souvent pervers et même une imposture ; il est lié au temps, à l'histoire et à la patrie ; aujourd'hui il est en déclin.

Le droit suppose une discipline sociale dont notre pays paraît actuellement dépourvu, ce qui est un des maux de la société française. Les désordres sont multiples : à l'école et, parfois, à l'université (blocages d'« étudiants » contestataires), dans la rue (incivilités urbaines) et les espaces publics virtuels (innombrables invitations à la haine sur les réseaux « sociaux »), sur la route (délinquance routière), dans les transports (dysfonctionnements et grèves), etc. Les pouvoirs publics s'efforcent de combattre ces maux, parfois avec succès, toujours avec difficulté.

1. Ph. Malaurie, « Pourquoi une introduction au droit ? », *JCP* G 2016, 1189 ; également publié in *Qu'est-ce qu'une introduction au droit ?*, dir. R. Cabrillac, Dalloz, 2017, p. 1 (livre issu d'un cycle de conférences à la faculté de droit de Montpellier portant sur l'esprit et le contenu de la vingtaine d'ouvrages dits d'« introduction au droit » en France et sur l'introduction au droit dans les études juridiques en Grande-Bretagne, Allemagne, Italie, Espagne, Belgique et Luxembourg).

1. Civilisation et barbarie. – **1º)** C'est par le droit que toute civilisation s'édifie chaque jour, que la justice, la liberté, la paix, la prospérité et l'épanouissement des hommes sont assurés. La justice, l'esprit de mesure et la paix sont pour Hésiode l'origine même du droit[2]. Comme toutes les notions sociales fondamentales, le droit se définit surtout par sa transgression. On ne sait pas trop ce qu'il est mais on sait ce qu'emporte sa méconnaissance : le règne des voyous et l'oppression des faibles par les forts.

Il y a cependant, dans ces mots de « civilisation » et de « barbarie », des équivoques, des variations selon les temps, que les penseurs contemporains se complaisent à souligner. Ainsi, au lendemain de la Première guerre mondiale, les rapports du droit et de la paix furent débattus. Un credo de la pensée juridique était que la paix devait être assurée par le droit. Mais, dans les années 1920 et 1930, Alain (un philosophe engagé politiquement qui jouissait d'une grande autorité) en dénonça l'illusion. Le droit permet parfois la paix, mais pas toujours. « La paix par le droit » est souvent une illusion ; cela est même parfois un « cri de guerre » ou le « cri de la guerre », quand l'imposture s'en mêle[3].

Témoignent aujourd'hui de cette illusion les équivoques et la fragilité de la justice internationale, illustrées par les procès sans fin et le bilan dérisoire de la Cour pénale internationale[4]. Toutefois, à partir de 2001, des travaux de droit international ont élaboré le concept de « responsabilité de protéger » (*R2P* en anglais), remplaçant celui de « droit d'ingérence humanitaire ». La responsabilité de protéger impose d'abord à un État de protéger ses populations contre les génocides, crimes de guerre, crimes contre l'humanité et nettoyages ethniques. En cas de manquement manifeste à cette obligation, il incombe à la communauté internationale de mener une action collective (sanctions économiques puis intervention militaire), comme cela fut le cas pour la première fois en Lybie et en Côte-d'Ivoire au début de l'année 2011[5]. La communauté internationale est loin d'y parvenir.

La paix est généralement le but du droit, mais pas toujours, car la lutte (la guerre ou la révolution) est souvent légitime[6].

2º) Lorsque le droit n'existe pas, qu'il est méconnu ou violé, la civilisation se délite : la décadence, le régime des voyous, la dérive intellectuelle et morale, la

2. V. la métaphore de l'épervier (le fort) emportant un rossignol (le faible) dans ses serres in *Les travaux et les jours*, trad. P. Mazon, Les Belles Lettres, 1928, p. 202 et s. : « *Le fils de Cronos* (Zeus) *a institué pour les hommes une loi (νομός*, nomos*) ; tandis que pour les poissons, les bêtes sauvages et les oiseaux de proie, il a établi celle de se manger les uns les autres, puisqu'il n'y a pas chez eux de justice (Δίκη*, Diké*) ; aux hommes il a donné la justice* ».

3. Alain, *Propos*, cité *infra*, nº 13.

4. A*dde* L. Gannagé, « La justice contre la paix ». À propos du tribunal spécial pour le Liban, *Mélanges M.-S. Payet*, Dalloz, 2011, p. 187.

5. K. Annan, *Interventions. Une vie dans la guerre et dans la paix*, Odile Jacob, 2013 : en 2000, Kofi Annan, ancien secrétaire général de l'ONU, inspira lors d'un discours les premiers travaux sur le concept de « responsabilité de protéger ».

6. R. von Ihering, *La lutte pour le droit*, trad. O. de Meulenaere, 1890, préface, p. XXI : « *Je ne préconise nullement la lutte pour le droit dans toutes les contestations, mais seulement là où l'atteinte au droit implique en même temps une mésestime de la personne* ». p. 9 : « *Toutes les grandes conquêtes qu'enregistre l'histoire du droit : l'abolition de l'esclavage, de la servitude personnelle, la liberté de la propriété foncière, de l'industrie, des croyances ont dû être remportées ainsi au prix de luttes ardentes, souvent continuées pendant des siècles ; parfois, ce sont des torrents de sang, mais toujours ce sont des droits anéantis qui marquent la voie suivie par le droit. Le droit, c'est bien Saturne dévorant ses propres enfants ; il ne peut se rajeunir qu'en faisant table rase de son propre passé* » (v. P. Coulombel, « Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering », *RTD civ.* 1957, p. 609).

misère, d'immenses souffrances et de grands désastres. Le contraire du droit, c'est la *barbarie*[7].

Pour les Grecs, le barbare était celui qui ne parlait pas le grec ou le baragouinait : il était l'« autre », l'étranger. La civilisation était donc une communauté de race, de religion, de langue et de culture. Depuis les années 1960, même l'Occident n'a plus cet exclusivisme. Pour l'anthropologie (notamment Claude Lévi-Strauss), toutes les cultures se valent. Plus grave, les nobles et généreux sentiments qui inspirent la plupart des révolutions ont eu des effets pervers. La civilisation contemporaine, si riche de belles idéologies, a produit les camps d'extermination et perpétue les génocides au troisième millénaire. Toutefois, les formes récentes de la barbarie islamiste condamnent un relativisme absolu. La civilisation a sans doute des visages divers mais elle comporte un « noyau dur » : un certain degré de politesse, de justice et de raffinement ; des valeurs de paix et de tolérance.

Durant toute l'histoire du monde, des hommes ont lutté pour le droit en manifestant certaines des plus grandes vertus humaines : la soif et le sens de la justice, l'intelligence, le courage, la ténacité et le dépassement de soi[8].

2. Humilité. – Soumis au pouvoir des hommes, le droit leur échappe aussi. Il demande beaucoup d'humilité, une grande ascèse pour un homme d'action. Les hommes ne se laissent pas gouverner comme des choses, des animaux ou des esclaves parce qu'ils sont des êtres libres[9]. La politique, la législation, le raisonnement, l'interprétation, la persuasion, la preuve, l'exécution, le jugement – le jugement surtout –, soit en définitive toute l'activité juridique, sont incertains et relèvent de la probabilité, du sentiment et de l'intuition.

Les limites congénitales de la pensée humaine imposent l'humilité : les mots ne traduisent qu'imparfaitement la pensée qui elle-même ne traduit qu'imparfaitement le réel. L'étymologie du mot humilité en est un symptôme : *humilitas* dérive d'*humus* = la terre, qui a donné *humilis* = qui reste à terre, qui ne s'élève pas[10]. La règle de droit n'est pas, ne peut être et n'a jamais été une vérité absolue, infaillible, omniprésente, universelle et perpétuelle. Toute prétention du droit ou des juristes à l'absolu, à l'infaillibilité, l'omniprésence, l'universalisme ou la perpétuité est une arrogance qui est vouée à l'échec.

L'humilité, en droit, n'est ni l'humilité franciscaine, ni l'oubli de soi, ni l'absence de vanité. Elle a sans cesse évolué[11]. Elle conduit à quelques règles simples : savoir reconnaître ses erreurs, ne pas avoir toujours raison, accepter l'incertitude et le doute, ne jamais se croire indispensable, savoir qu'on ne détient pas toutes les réponses. L'humilité commande aussi de n'être asservi ni par ses idées, ni par la contemplation de son œuvre, de ne pas s'installer dans les certitudes, de se remettre fréquemment en question, d'observer et d'écouter sans cesse, d'estimer que les autres peuvent nous être supérieurs, de ne pas croire en l'omnipotence des hommes non plus que celle de la loi. Le seul moyen de surmonter l'aporie (l'insoluble contradiction) entre le

7. S. Weil, *La pesanteur et la grâce* (1948), Plon, 1991, p. 37 : « *L'injustice humaine fabrique généralement non pas des martyrs, mais des quasi-damnés. Les êtres tombés dans le quasi-enfer sont comme l'homme dépouillé et blessé par des voleurs. Ils ont perdu le vêtement du caractère* ».

8. E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, éd. Delagrave, p. 137 : « *Celui qui rampe comme un ver ne doit pas se plaindre ensuite d'être foulé aux pieds* ».

9. J. Carbonnier (*La passion des lois au siècle des Lumières*, in *Essais sur les lois*, Defrénois, 2e éd., 1995, p. 239 et s., spéc. p. 246) cite l'impératrice Catherine de Russie répondant à Diderot qui lui avait suggéré un projet de code : « *Vous ne travaillez que sur le papier qui souffre tout* [...] *tandis que moi, pauvre impératrice, je travaille sur la peau humaine, qui est bien autrement irritable et chatouilleuse* ». L'autocratie de la Grande Catherine était aux antipodes de l'idéologie de Diderot.

10. A. Ernout et A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine,* Klincksieck, 1939, V° *Humilis*.

11. Ph. Malaurie, « L'humilité et le droit », *Defrénois* 2006, p. 703 et *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 725. Du même auteur : *Droit civil illustré*, n° 1, « Le non-humble » ; *Dictionnaire d'un droit humaniste*, Université Panthéon-Assas – LGDJ, 2015, *V°* « Humilité ».

pouvoir et l'humilité est la connaissance de soi-même[12]. L'humilité accepte, mais avec difficultés, l'humiliation – redoutée parce qu'elle peut mener à l'exclusion. Elle n'empêche pas, cependant, ce que Saint Thomas d'Aquin appelait la « magnitude », la conscience que l'homme prend de sa valeur (il y a de l'orgueil dans l'humilité). Humilité et magnitude : une antinomie constante dont traitent les règles de droit civil. L'humilité se compose également de modération, de sobriété[13] et de mesure. Les Grecs anciens en avaient déjà pris conscience : l'homme ne doit pas s'élever au-dessus de sa condition, à peine de tomber dans l'*ubris*, la folie de la démesure. L'humilité est rarement pratiquée et encore plus rarement visible ; pire, les apparences sont souvent trompeuses (Tartuffe était, apparemment, très humble[14]). Son contraire est la complète confiance en soi, en soi seul, et la capacité à ignorer l'idée même d'un échec.

3. Force obligatoire[15]. – La règle de droit régit l'activité humaine. Elle le fait généralement de manière directe : elle impose, interdit ou permet. En ce sens elle est *obligatoire*, ce que ne contredit pas l'existence de règles « facultatives » (qui permettent).

Une règle est obéie pour deux raisons. 1) D'une part, elle est rationnelle ou du moins raisonnable (à l'image de l'obligation pour un automobiliste de céder la priorité à droite ou l'interdiction de fumer dans les lieux publics ou de travail)[16], ce qui incite à la respecter spontanément. Au contraire, la loi oppressive, injuste ou simplement inutile, parce qu'elle paraît irrationnelle ou déraisonnable, est souvent désobéie[17]. 2) D'autre part, la règle est impérative, parce que l'autorité publique en impose l'observance par la contrainte si elle n'est pas respectée spontanément. À ce titre, elle revêt un caractère *coercitif*[18].

Une loi est impérative lorsqu'il n'est pas permis aux particuliers d'y déroger par convention (art. 6). Elle est « supplétive » (ou dispositive) lorsqu'une manifestation de volonté contraire suffit à l'écarter.

Sans imposer de contrainte, la loi exerce parfois un rôle purement pédagogique et exemplaire : elle dit ce qui est bien et mal. Ainsi, l'article 371 du Code civil, inspiré du Décalogue biblique, rappelle-t-il que « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ».

4. Le positivisme juridique. – Pour le positivisme juridique, seul le droit effectivement posé et appliqué est un objet de science, non les divers donnés qui fondent le droit positif (tels le droit naturel[19], la nature, la raison, la religion[20], l'esprit, la justice ou toute autre valeur). Deux de ses formes les plus achevées sont le *positivisme légaliste*, où le droit s'identifie aux règles en vigueur, c'est-à-dire

12. Saint Bernard de Clairvaux, *Traité sur les degrés d'humilité et d'orgueil*, 1124 : « *pour s'humilier, une âme ne saurait trouver de meilleur moyen que la connaissance véridique d'elle-même* ».

13. Ph. Malaurie, « La sobriété », *Mélanges G. Champenois*, éd. Defrénois, 2012, p. 599.

14. Molière, *Tartuffe*, Acte I, scène 4 : « *Le pauvre homme !* » (dit Orgon – abusé – de Tartuffe).

15. *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. Thibierge, LGDJ, Bruylant, 2009, spéc. la synthèse et la conclusion de C. Thibierge, p. 741 et p. 813. V. les résumés des 57 contributions à cette recherche sur : http://forcenormative.sciencesconf.org. V. aussi *Droit civil illustré*, n° 6. Pour le même genre de recherche : *La densification normative. Découverte d'un processus*, (dir. C. Thibierge), Mare & Martin, 2013.

16. Portalis, *Discours préliminaire*, *in* Locré, t. I, p. 254 *:* « *Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison* ». L'adage *Cessante ratione legis cessat ejus dispositio* (*infra*, n° 387) repose sur ce trait commun de la loi. Henri Batiffol a souligné le double aspect rationnel et impératif de la loi afin d'éclairer le particularisme de l'application de la loi étrangère en France : celle-ci n'est pas impérative mais demeure rationnelle (Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Droit international privé*, LGDJ, t. I, 8e éd., 1993, n° 328).

17. *Cf.* G. Koubi, « Respect du droit et droit au respect : le respect des droits », *RRJ* 2000, p. 13. Sur le droit à la désobéissance, sujet très lié à celui de l'État de droit, v. *infra*, n° 126.

18. V. *infra*, n° 50.

19. V. *infra*, n° 39.

20. V. *infra*, n° 24.

sanctionnées par l'autorité publique, et le *normativisme kelsénien* (la « théorie pure du droit » de Kelsen)[21].

Le positivisme juridique exclut toute critique de la règle de droit, surtout lorsqu'elle s'exprime par la loi. Il donne du droit une vision sèche et étriquée. Le droit ne devrait jamais se laisser assécher[22].

La règle de droit construit l'État de droit mais peut aboutir à l'excès de droit. Elle produit alors des effets indirects : tantôt prophylactiques, tantôt, à l'inverse, pervers.

5. État de droit : définition[23]. – Comme tous les pays démocratiques, la France est un État de droit. La puissance publique – l'État, l'administration et les juges – comme les justiciables sont soumis à l'empire de la règle de droit, renfermés dans l'ordre juridique. L'État de droit, c'est le gouvernement des lois, non des hommes (*Imperia legum potentiora quam hominum*, écrivait déjà Tite-Live au Ier siècle de notre ère ; *Government of laws, not men*, disaient les Républicains anglais au début du XVIIe siècle, s'appuyant sur des passages d'Aristote et de Cicéron). Au contraire, la devise classique de l'absolutisme, qui connut un grand succès auprès des penseurs du XVIe siècle (Machiavel, Luther, Bodin...), voulait que le Prince fût délié du respect des lois (*Princeps legibus solutus*[24]).

Les piliers substantiels de l'État de droit sont, depuis la Révolution française, ancrés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : liberté et égalité en droits (par naissance), protection de la propriété, droit à la sûreté, prohibition des arrestations et détentions arbitraires, principe de légalité des délits et des peines, non-rétroactivité de la loi pénale, droit à la présomption d'innocence, liberté de pensée, d'opinion et de communication : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* » (art. 16).

Le concept de *Rechtsstaat* est né en Allemagne au XIXe siècle où, rompant avec la définition de Kant qui faisait de la défense des droits de l'homme la fin de tout ordre politique, il fut entendu de façon formelle et positiviste, indépendamment de tout jugement de valeur : l'État de droit existerait lorsque a été constaté un ordre de contrainte hiérarchisé ; la théorie de « l'État-puissance » (*Machtstaat*) s'était imposée après l'échec de la révolution libérale de 1848-1849 ; elle tendait à définir l'État comme un pur rapport de domination et soulignait que ce pouvoir de domination était inhérent à sa nature ; sujet autonome doté d'une volonté propre et illimitée, l'État ne pouvait être soumis à un ordre supérieur[25]. La notion britannique de *Rule of Law* (règne du droit), dont John Locke fut le théoricien[26], s'ouvrait au contraire à des garanties

21. V. *infra*, nº 210.

22. H. Dupeyroux, « Les grands problèmes du droit », *Arch. phil. droit*, 1938, p. 20-21 : « *Nos positivistes juridiques ont beau vouloir proscrire cette gênante notion de justice, en finir avec elle, la séquestrer je ne sais où, boucher toutes les issues, le caractère idéologique du droit la réintègre nécessairement à sa place ; elle s'infiltre par chaque règle ; elle reparaît dans l'exécution, ou dans le refus de l'exécution ; toute tentative de colmatage est d'avance vouée à l'échec ; elle suinte, si j'ose dire, de toutes parts* ».

23. **Biblio. :** J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, 6e éd., 2017 ; L. Heuschling, *État de droit,* Rechtsstaat, Rule of law, Dalloz, 2002 ; *Figures de l'État de droit*, PU de Strasbourg, 2001.

24. Selon l'adage emprunté par les romanistes à Ulpien dans le Digeste (D. 1, 2, 31).

25. J. Hummel, « État et ordre juridique dans la doctrine publiciste allemande du XIXe siècle », *Droits* 2002, nº 35, p. 25 ; « État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le *Vormärz* », *in Figures de l'État de droit*, préc., p. 125. Toutefois, durant la période du *Vormärz* (1815-1849), les penseurs de la bourgeoisie libérale allemande défendirent une conception substantielle du *Rechsstaat* devant sauvegarder les droits et libertés individuels ; à la fin du XIXe siècle, G. Jellinek souligna le double caractère de l'État (à la fois fait social et institution juridique) et son auto-limitation par l'ordre juridique.

26. J. Locke (1632-1704), *Premier* et *Deuxième Traité sur le gouvernement civil (Two Treatises of Government)*, 1690.

substantielles à valeur démocratique (droits et libertés du citoyen ; clarté, généralité, publicité, stabilité, non-rétroactivité et égalité pour tous de la loi, dont la certitude préserve du pouvoir arbitraire d'autrui et permet donc à la liberté d'exister). Aux États-Unis, le *Due Process of Law* consacré en 1791 dans le V^e^ amendement puis en 1868 dans le XIV^e^ amendement de la Constitution implique, outre des garanties procédurales (*procedural due process*)[27], un certain contenu du droit applicable (*substantive due process*). Au XX^e^ siècle, après la défaite du III^e^ Reich qui se targuait d'être un État de droit[28], puis avec l'extension du contrôle de la légalité des actes administratifs et du contrôle de la constitutionnalité des lois, cette conception l'emporta.

L'État de droit s'oppose à l'anarchie, au totalitarisme et à la justice privée[29]. Il est la condition de la justice, de la liberté, de la prospérité et de tout ce qui donne sa valeur à l'humanité. Si imparfait et relatif soit-il[30] – il est souvent injuste, abscons, oppressif, sclérosant, incohérent, et détaché du réel, devenant l'habillage commode d'abus de pouvoir –, il est par nature supérieur à l'absence d'État de droit, source constante d'injustices, de fanatismes, d'arbitraires, d'abus de pouvoir, de misères et de mort.

6. Effacement de l'État de droit. – De temps en temps, l'État de droit sonne creux. La notion est vidée de son sens par des notions concurrentes : l'état de siège, les circonstances exceptionnelles, l'état (ou plutôt les états) d'urgence.

Le droit envisage lui-même le retrait de l'État de droit, à titre temporaire, lorsqu'un grave péril menace le pays. **1°)** L'*état de siège* peut être déclaré (par décret en Conseil des ministres) puis prorogé au-delà de douze jours (par le Parlement) « *en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée* » afin de transférer le maintien de l'ordre et la police à l'autorité militaire (C. défense, art. L. 2121-1 et s. ; Constit., art. 36). **2°)** En cas de *circonstances exceptionnelles*, c'est-à-dire « *lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate* », le président de la République s'attribue à lui-même les pleins pouvoirs (Constit., art. 16). **3°)** Enfin, l'*état d'urgence* peut être déclaré (par décret en Conseil des ministres) puis prorogé au-delà de douze jours (par la loi) « *soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* » (L. n° 55-385, 3 avr. 1955, modifiée par les lois du 20 nov. 2015, 21 juill. 2016, 19 déc. 2016 et 11 juill. 2017, qui, à la suite des attentats djihadistes perpétrés en France, prorogèrent à trois reprises l'état d'urgence, jusqu'au 1^er^ nov. 2017[31]). L'état d'urgence suspend les libertés publiques afin d'autoriser les perquisitions, fouilles et

27. E. Zoller, « Procès équitable et *due process of law* », *D.* 2007, chr., 517 ; « *Due Process of Law* et principes généraux du droit », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002. Aux États-Unis, le *Due Process of Law* signifie que toute personne victime d'une violation de sa liberté ou de son droit de propriété (largement entendu) par l'autorité publique a : 1) le droit de se voir notifer la mesure restrictive, avant qu'elle ne devienne définitive, afin de préparer sa défense ; 2) le droit d'entendre l'adversaire et d'être entendu selon la procédure accusatoire (droit à un *hearing*, avec *examination* et *cross-examination* des arguments), devant un tiers neutre et impartial doté d'un pouvoir de décision (un juge voire une commission administrative) ; 3) le droit à l'assistance d'un avocat. Ce n'est pas le *fair trial* (procès honnête) du droit anglais, bien qu'il y ressemble.

28. Pour une critique allemande : W. Leisner, « L'état de droit, une contradiction ? », in *Études Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 65, spéc. p. 77 et s.

29. Sur la justice privée, v. *infra*, n^os^ 126 et s.

30. J.-M. Pontier, « L'irrémédiable imperfection de l'État de droit », *RRJ* 2008, p. 733.

31. Sur les attentats djihadistes de l'année 2015, v. not. : F. Saint-Bonnet, « Contre le terrorisme, la législation d'exception ? » (entretien du 23 nov. 2015) : http://www.laviedesidees.fr/Contre-le-terrorisme-la-legislation-d-exception.html ; « Le terrorisme djihadiste et les catégories juridiques modernes », *JCP* G 2015, 1348 ; P. Morvan, « Le terrorisme djihadiste : regard criminologique », *JCP* G

contrôles d'identité administratifs ainsi que les assignations à résidence, la fermeture des lieux de culte ou des mesures de surveillance. Ces règles d'exception ont été transfusées dans le « Code de la sécurité intérieure » (à l'intitulé évocateur) par la loi du 30 octobre 2017 et sont ainsi devenues des règles de droit commun, suivant une tendance inquiétante du droit contemporain. **4°)** Bien que la loi du 3 avril 1955 (qui envisage aussi une « *calamité publique* ») fût suffisante pour affronter la pandémie du coronavirus qui dévasta l'économie mondiale en 2020, le gouvernement a choisi de faire adopter une loi créant un état d'urgence spécifique : l'« *état d'urgence sanitaire* ». Celui-ci peut être déclaré par décret en conseil des ministres « *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* » ; sa prorogation au delà d'un mois est autorisée par la loi (CSP, art. L. 3131-12 et s., réd. L. n° 2020-290, 23 mars 2020 « d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 »). Il autorise de graves atteintes aux libertés (mise en quarantaine et confinement de la population, prolongation des détentions provisoires, fermeture des entreprises...). Le Conseil constitutionnel a même admis qu'il soit dérogé à la Constitution compte tenu des « *circonstances particulières* » ![32] Chaque état d'urgence déclenche la même polémique, entre défenseurs des libertés publiques et partisans de la sécurité publique.

En droit administratif, la théorie jurisprudentielle des « actes de gouvernement » est une autre brèche dans l'État de droit. Ces actes sont insusceptibles de recours contentieux devant le juge administratif qui est incompétent pour en apprécier la légalité et en prononcer l'annulation. Tel est le cas des actes qui ne sont « pas détachables de la conduite des relations internationales de la France », par exemple le rapatriement en France de ressortissants français, notamment des enfants, partis en Syrie rejoindre l'« État islamique » (Daesh, mouvement terroriste qui, lui, n'a rien d'un État), ce qui supposerait d'engager des négociations avec des autorités étrangères ou d'intervenir sur un territoire étranger[33]. Cependant, cette théorie n'est pas une survivance de la raison d'État qui imposerait de réserver l'appréciation de questions politiquement sensibles aux plus hautes autorités de l'État. En réalité, les actes de gouvernement ne relèvent tout simplement pas de l'activité administrative (mais de la conduite des relations internationales ou des relations entre organes constitutionnels).

L'État de droit est également vidé de son sens au quotidien, de façon apparemment anodine, lorsque lui sont opposées d'autres « valeurs » permettant de l'écarter dans une situation particulière. Il en fut ainsi dans la médiatique affaire *Léonarda* en 2013[34].

L'État de droit s'avère, enfin, à géométrie variable. Si le droit de l'immigration peut être appliqué de façon circonstanciée et chaotique, d'autres règles le sont de façon rigoureuse, toujours au nom de « valeurs fondamentales ». Ainsi, afin de

2016, 34. La culture est une des armes les plus efficaces permettant de combattre la barbarie et le terrorisme.

32. Cons. const., 26 mars 2020, décis. n° 2020-799 DC (à propos des conditions d'adoption d'une loi organique).

33. CE, ord. réf., 23 avr. 2019, n° 429668 : *Dr. adm.* 2019, 38, note C. Saunier. Autres exemples plus classiques d'actes de gouvernement : la décision de ratifier un traité international ou d'émettre des réserves sur ce traité (v. *infra*, n° 271, 2°).

34. À la suite de décisions juridictionnelles lui ayant refusé le bénéfice du droit d'asile, une famille de Roms fut expulsée vers le Kosovo le 9 octobre 2013. Leur fille Léonarda, collégienne de 15 ans, avait été interpellée au cours d'une sortie scolaire. Devant l'émoi suscité et amplifié dans les médias, le président de la République d'alors (François Hollande) autorisa son retour en France mais en exigeant qu'elle laissât tous les siens au Kosovo... Cette décision traduisait une violation de plusieurs règles fondamentales de notre droit (le droit de la famille, le régime des incapacités, le principe de la séparation des pouvoirs et le nécessaire respect des décisions de justice par le pouvoir exécutif). La jeune fille refusa de revenir. L'autorité du président de la République en fut gravement atteinte.

garantir « *le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil* », un maire ne peut invoquer une « clause de conscience » pour refuser de célébrer un mariage homosexuel[35].

7. Lutte contre l'État de droit. – La lutte contre l'État de droit est récurrente et menée par tous les tyrans de tous les temps et de tous les genres (politiques, économiques, religieux, intellectuels, médicaux) qui n'ont de cesse de revendiquer la liberté de leur pouvoir (politique, économique, religieux, intellectuel, médical) et de dénoncer l'hypocrisie de l'État de droit. La musique peut changer (marxisme, nazisme, fascisme, communisme, anarchisme, Khmers rouges, islamisme), c'est la même chanson.

La négation de l'État de droit fut particulièrement l'œuvre du juriste allemand Carl Schmitt (1888-1985) selon lequel l'ordre juridique et la souveraineté reposeraient sur une « décision » du pouvoir politique : « *pour créer le droit, il n'est nul besoin d'être dans son droit* ». Schmitt aboutissait ainsi à justifier le recours à la violence et à la guerre totale contre l'« ennemi » de l'État (d'où un antisémitisme et un antimarxisme prononcés), l'existence de la dictature (fasciste ou nazie) : il identifiait la loi à la volonté absolue du *Führer*[36]. Les concepts d'État d'exception et de « combattant illégitime » qu'il théorisa se retrouvèrent, à un bien moindre degré, au cœur de la législation anti-terroriste américaine (*Patriot Act*) après les attentats islamistes du 11 septembre 2001, afin de justifier la torture (en dehors du territoire américain), la création de juridictions d'exception militaires dépourvues d'avocats et les détentions arbitraires d'« ennemis combattants » (au sein de la base navale de Guantánamo Bay à Cuba). L'État de droit s'affirma péniblement contre le pouvoir exécutif en 2008 lorsque la Cour suprême des États-Unis exigea du gouvernement le respect, en tous lieux, du *Due Process of Law* – respect finalement promis par le président Barack Obama élu en 2008 mais qui ne put tenir ses engagements (en 2012, plus de 150 prisonniers résidaient encore au camp de Guantánamo).

8. Excès de droit, potion magique et conceptions libérales du droit. – Le recours à la règle de droit se banalise pour régler toutes les difficultés, tous les malheurs et tous les conflits (politique, économique, social, moral, intellectuel) même si elle n'est pas appropriée à leur solution.

À titre d'exemples (parmi des dizaines d'autres), sept lois ont été promulguées le 3 août 2018. Trois d'entre elles s'avèrent inutiles, non point parce qu'elles sont inapplicables en pratique (ce qui n'est pas certain) mais parce qu'elles ne pourront jamais régler les problèmes sociaux ou moraux abordés[37]. 1) La loi nº 2018-703 « renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes » traite d'un sujet grave mais sans jamais s'attaquer aux causes du mal (essentiellement culturelles). Elle se borne à créer une contravention d'« outrage sexiste » (C. pén., art. 621-1) de portée symbolique. Le débat aura permis au gouvernement d'entretenir dans les médias l'illusion qu'il a défendu, plus efficacement qu'avant, les droits des femmes. 2) La loi nº 2018-701 « renforçant la lutte contre les rodéos motorisés » crée une infraction dérisoire qui ne résoudra pas les difficultés sociales et ethniques dans les banlieues et quartiers sensibles. Le phénomène est d'ailleurs d'une grande banalité : une répression pénale multiforme prétend se substituer à la conscience morale. 3) Enfin, la loi nº 2018-698 est venue interdire l'utilisation du téléphone portable dans les établissements scolaires, comme si l'autorité morale d'un proviseur de collège ou de lycée ne suffisait pas à imposer une telle interdiction. 4) Plus généralement, des voix se font entendre périodiquement pour inviter le Parlement à légiférer sur l'euthanasie : il est pourtant préférable de ne plus intervenir sur ce sujet (déjà très encadré par la loi) et de laisser le personnel médical libre d'apprécier au cas par cas les situations de souffrance en fin de vie.

35. Cons. const., 18 oct. 2013, décis. nº 2013-353 QPC, consid. nº 10.

36. J. Hummel, *Carl Schmitt*, Michalon, 2005.

37. Comp. A. Denizot, « Une loi inapplicable est-elle inutile ? », *RTD civ*. 2018, p. 980 (sur ces trois mêmes lois).

La règle de droit devrait avoir pour seul objet de dire ce qui est mal et de l'interdire, en s'attachant aux valeurs communément reçues par une société à un moment donné et dans un pays déterminé. Au lieu de cela, la loi est devenue une folie normative, une « potion magique ». Elle prétend tout régenter. La société contemporaine a une boulimie de législation[38]. Devenue envahissante, compliquée, indifférente aux valeurs essentielles, la loi est souvent dominée par des considérations d'opportunité politique ou médiatique et repose souvent sur un consensus artificiel.

Cette dérive est une illusion qui trahit l'orgueil, la vanité ou la pusillanimité du pouvoir. L'histoire du monde en révèle l'inanité. Tacite avait dénoncé l'inflation législative au commencement de notre ère : « *Plurimae leges corruptissima respublica* » (jamais les lois ne furent plus multipliées que quand l'État fut le plus décomposé)[39].

De cet excès de droit, le *respect* du droit est la première victime. L'usage excessif du droit à l'époque contemporaine le déprécie, comme l'excès de pouvoir lui ôte tout son sens[40].

La lutte contre l'inflation législative et la boulimie des règles de droit tombe elle-même dans le travers qu'elle dénonce : l'accumulation des normes « *produit une accumulation de rapports sur l'accumulation des normes, souvent suivies de déclarations ou circulaires, créant une impression de piétinement si ce n'est d'impuissance* »[41].

9. École libérale. – Friedrich Hayek, philosophe et économiste autrichien contemporain, apôtre du libéralisme, a défendu les mérites de la liberté du marché qui ferait naître un « droit de la liberté » et dénoncé les excès contemporains de la législation étatique, sources d'inégalités et nuisible à l'ensemble de la société[42]. Au cours du XX^e^ siècle se sont ainsi développées des conceptions néo-libérales du droit prônant un individualisme radical, affirmant la supériorité de la raison économique sur la raison politique et la primauté du marché. Le droit devrait être affranchi de l'emprise de l'État, l'État-providence étant dénoncé comme un « État-bandit », exploiteur illégitime qui s'abrite derrière la façade de l'intérêt général. Le droit serait, par essence, le produit d'un ordre social spontané, qui « s'auto-régule », dans le respect des libertés individuelles[43]. C'est sans doute sous cette influence que se développe la « dérégulation » contemporaine.

Il y a toujours eu en France une certaine difficulté à concevoir une vision libérale de la société et de l'individu, bien que le mot soit le premier de la trilogie républicaine (« liberté »). Le libéralisme a des formes diversifiées : économique, politique, culturelle, morale ou philosophique. Il y

38. Sur l'inflation législative contemporaine, v. *infra*, n^os^ 104 et 107.

39. Tacite, *Annales*, III, 27, 3 : (au II^e^ siècle ap. J.-C., au début de l'Empire) : v. *Droit civil illustré*, n° 2. – V. aussi : Isocrate, *Aréopagitique* (vers 354 av. J.-C.) : « *Les bons politiques doivent, non pas remplir les portiques de textes écrits, mais maintenir la justice dans les âmes ; ce n'est pas par les décrets mais par les mœurs que les cités sont bien réglées* ». – Montesquieu, *Lettres persanes*, Lettre LXXIX, « de Usbek à Rhedi » : « *La plupart des législateurs ont été des hommes bornés, que le hasard a mis à la tête des autres, et qui n'ont presque consulté que leurs préjugés et leurs fantaisies* ». – Descartes, *Discours de la méthode*, 2^e^ partie : « *Et comme la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont fort étroitement observées [...]* ».

40. *Ex.* : Portalis, *Discours préliminaire*, *in* Locré, t. I, p. 256 : « *Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation* ». Phrase inspirée de Montesquieu (*L'esprit des lois*, L. XXIX, chap. 16 : « Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires (...) »).

41. P. Deumier, *Entretien*, *D.* 2013, 1264.

42. F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF, 3 vol., trad. fr., 1973.

43. V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, préf. J. Chevallier, Economica, 2002. L'auteur distingue plusieurs courants : l'analyse économique du droit (v. *infra*, n° 34), la vision globale évolutionniste de l'homme et de la société de Hayek et les libertariens pour qui le droit doit protéger les droits naturels de la personne (v. *infra*, n° 50 et la note).